

O estado de perigo como defeito do negócio jurídico

Teresa Ancona Lopez

Professora associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; advogada em São Paulo

Sumário

1. Considerações gerais: estado de perigo e estado de necessidade. Conceitos e diferenças;
2. Conceito de estado de perigo. Casos;
3. Precedentes históricos e evolução do conceito de estado de perigo no direito estrangeiro e no direito brasileiro;
4. Elementos integrantes do conceito de estado de perigo;
5. Fundamento do instituto;
6. Paralelo entre estado de perigo, coação, lesão e usura real;
- 6.a. Estado de perigo, lesão e usura real;
- 6.b. Estado de perigo e coação;
7. Como têm sido resolvidos até o momento os casos de negócios concluídos em estado de perigo?;
8. Conclusão: foi boa a inovação trazida pelo legislador de 2002.

1. Considerações gerais: estado de perigo e estado de necessidade. Conceitos e diferenças

A primeira grande dificuldade que se encontra no estudo do estado de perigo é em relação à sua terminologia. De fato, os civilistas, em geral, usam indiferentemente, como sinônimas, as expressões "estado de necessidade" e "estado de perigo" para conceituar aquele defeito ou vício capaz de anular ou rescindir um contrato.

Por outro lado, também empregam os mesmos vocábulos para definir instituto jurídico completamente diferente, que é aquele referente ao estado de necessidade como excludente da responsabilidade civil e penal.

Na verdade, a necessidade como título constitutivo de direito aparece em inúmeras situações

quer do Direito Público, quer do Direito Privado, tanto que alguns chegam a admitir a existência de um "direito de necessidade" (cf. Gonario Chironi, *Lo stato di necessità nel diritto privato*, Torino, Fratelli Bocca, 1906, p. 171).

A possibilidade da necessidade legitimar ações e atitudes jurídicas não é nova no Direito, pois sob a influência de princípios éticos e religiosos existiram direitos a favor daqueles que estivessem em situações de grave necessidade econômica, como, no exemplo de Gonario Chironi, a possibilidade do juiz eclesiástico obrigar os ricos a ajudarem os pobres, ou seja, "*possono i poveri in tempo de necessità rivolgersi ai giudice ecclesiastico, perchè costringa i ricchi a dar loro aiuto, in base agli ammaestramenti evangelici ed alie prescrizioni di molti antichi scrittori*" (Zanchi, "*De praelatione*", Firenze, 1839, apud G. Chironi, *Lo stato di necessità...*).

Poderíamos lembrar os casos de caridade legal, que são descritos pelos estudiosos do Direito Tributário, que consistiam em normas que tinham como fundamento a necessidade dos pobres e a possibilidade dos ricos, como o famoso edito da Rainha Elizabeth I, datado de 1601, por meio do qual vários órgãos públicos assumiam a manutenção dos pobres com imposições gravosas sobre os ricos (cf. G. Chironi, *Lo stato di necessità*, cit., p. 172, rodapé). Ou também a hipótese do furto famélico, onde temos o tão repetido episódio, julgado pelo Juiz Magnaud, apelidado de "o bom juiz", que absolveu Luíza Menard do furto de um pão, pois ela e sua filha passavam fome.

Dentro dos mesmos princípios houve a criação dos empréstimos compulsórios para as vítimas das enchentes no sul do Brasil, por exemplo.

Aliás, já era aceito no Direito romano o princí-

Todavia, continua De Cupis mostrando que no caso do artigo 2.045 (*stato di necessità*) se exige que o perigo não tenha sido voluntariamente causado pelo autor do dano e que este não fosse evitável. Por outro lado, no artigo 1.447 (*stato di pericolo*) tais condições não são pedidas; mesmo que o perigo tenha sido voluntariamente causado pela pessoa que a ele esteja exposta, mesmo que o perigo fosse evitável, caberá a rescisão, pois a liberdade de determinação estará sempre diminuída.

Em síntese, o estado de necessidade em sentido estrito é excludente de responsabilidade civil e penal. O estado de perigo (que é um tipo de estado de necessidade em sentido amplo) é defeito do negócio jurídico que afeta a declaração de vontade do contratante que tem sua liberdade diminuída por temor de dano à sua pessoa ou à pessoa de sua família.

2. Conceito de estado de perigo.

Casos

Os doutrinadores, em geral, e, em especial, os civilistas pários utilizam a expressão "estado de necessidade" como genérica e englobando todas as outras hipóteses. Dessa forma, falam indiferentemente em "estado de perigo" e estado de necessidade. Porém, o novo Código Civil brasileiro (art. 156), na esteira da lei italiana, usa tecnicamente a expressão estado de perigo para significar o defeito do negócio jurídico no qual o declarante se encontra diante de uma situação em que tem que optar entre dois males: sofrer o dano ou participar de um contrato que lhe é excessivamente oneroso. É o que Salvat chama de contrato necessário.

O conceito de estado de perigo foi, de maneira sucinta e tecnicamente correta, dado por Moacyr de Oliveira ("Estado de perigo". in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 1979, pp. 504 e seg.), como "o fato necessário que compõe à conclusão de negócio jurídico, mediante prestação exorbitante".

Como casos concretos, em que possa ocorrer essa situação que leva uma pessoa a firmar necessariamente um contrato, podemos lembrar em primeiro lugar o exemplo clássico da promessa do naufrago ao salvador ou, com Silvio Rodrigues (*Das vícios do consentimento*, Saraiva, 1979, p. 316), a hipótese daquele que, assaltado por bandidos, em lugar ermo, se dispõe a pagar alta cifra a quem venha livrá-lo da violência; ou também do doente que concorda

com os altos honorários exigidos pelo cirurgião ou "da mãe que promete toda a sua fortuna para quem lhe venha salvar o filho, ameaçado pelas ondas ou de ser devorado pelo fogo". Os mesmos exemplos podem ser encontrados em Demolombe (*Traité des contrats*, 3ª ed., Paris, Imprimerie Générale, s.d., t. 1, p. 141). Cita Moacyr de Oliveira ("Estado de perigo", in *Enciclopédia*, cit., p. 506) o caso do pai que, tendo seu filho seqüestrado, promete recomendar vultosa a quem lhe salvar a criança. Também, no caso de seqüestro, os maus negócios feitos para levantar a quantia do resgate. A vítima de acidente grave de automóvel que assume uma série de obrigações exageradas para que não morra no local do acidente, juntamente com seus filhos, pode estar, da mesma forma, participando de um negócio defeituoso.

Poderíamos ainda mencionar os depósitos em dinheiro que exigem os hospitais para que o paciente possa ser atendido numa emergência. Messineo cita expressamente como estado de perigo o caso do cirurgião que para atender paciente em perigo de vida subordina esse atendimento a honorários excessivos (*Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 1959, v. 3).

Em suma, o importante para que se caracterize o estado de perigo é que o dano que está por acontecer, ou que já está acontecendo, seja contra a própria pessoa, ou pessoa de sua família, tanto física, quanto moralmente. Evidentemente também poderemos fazer um contrato premidos pelo perigo de vermos nossa honra arruinada.

Finalmente, apenas a título de complementação, gostaríamos de lembrar que perigo e dano não se confundem. "O perigo, objetivamente considerado, é a idoneidade de um fenômeno ou vários fenômenos para ocasionar a perda ou a diminuição de um bem, o sacrifício ou a restrição de um interesse" (cf. Enrico Contieri, *O estado de necessidade*, trad. Fernando de Miranda, Coimbra, Arménio Amado, 1942, p. 47). Dano é exatamente essa perda ou diminuição de um bem material ou moral. O perigo é real. O dano é a possível realização desse perigo. Assim, se essa possibilidade efetivamente se verifica, já não há perigo, mas dano.

Assim, podemos afirmar que no estado de perigo o dano que o contratante procura evitar não deve ainda ter se verificado, pelo menos completamente, no momento da declaração de vontade. Caso con-

O estado de perigo como defeito do negócio jurídico

trário, de nada adiantaria a conclusão de tal negócio.

3. Precedentes históricos e evolução do conceito de estado de perigo no direito estrangeiro e no direito brasileiro

Já encontramos o negócio jurídico concluído, em "estado de perigo", no Direito romano, que, por sinal, tinha, pelo menos em princípio, como válida tal convenção. Ulpiano (D., L. IV, T. II, Lei IX, § 1º), segundo o que ensina "elegantemente Pomponio", declara que não caberá o edito *quod metus causa*, isto é, o ato negocial será válido, se uma pessoa receber alguma coisa por defender outra da violência dos inimigos ou ladrões ou do povo, pois a última assumirá a obrigação de dar alguma coisa em pagamento da violência ou força maior tivesse sido provocada pelo salvador do perigo; se não provocou, deve receber o prêmio pelo seu trabalho. No mesmo sentido os autores lembram texto de Paulo em "*Sententiae*", V, XI, § 6º.

Porém, como mostram Majorano (*Il contratto concluso in lo stato di pericolo*, Milano, Giustizia Civile, abr. 1953, p. 995) e Orozimbo Nonato (*Da coação como defeito do ato jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 1957, p. 139), há nas mesmas fontes limitações e interpretações contrárias à plena validade dos contratos concluídos sob força maior, como nas hipóteses especiais do doente frente ao médico ou do litigante perante o advogado a ponto de perderem cada um deles a vida ou o patrimônio (I, 9C, X, 52).

Finalmente, podemos lembrar que o próprio Ulpiano (D., L. IV, T. II, Lei VII, § 1Y) mostra que aproveitar-se alguém do estado de perigo é o mesmo que ter provocado esse temor e, portanto, deve ser aplicado o edito *quod metus causa*, anulando tal negócio.

Em resumo, no Direito *Justinianeu*, em princípio, o contrato feito em estado de perigo é válido, pois se deve recompensar os serviços prestados. Apenas nas hipóteses apontadas poderá ser derrubada essa validade.

Na França e na Itália, antes do Código Civil de 1942, a situação sobre os negócios entabulados sob o estado de perigo era praticamente a mesma, porquanto por falta de norma expressa a jurisprudência e a doutrina desses países consideravam ora vá-

lidas, ora nulas, tais convenções. Havia também uma terceira tendência que era pela redução, pelos Tribunais, da remuneração prometida se exagerada. Essa a doutrina de Pothier e Planiol. Também Fadda e Bensa falam em "*un congruo indenizzo*" pelo trabalho prestado. A anulabilidade nesse caso deve recair no exagero da prestação, que deverá ser reduzida (v. Orozimbo Nonato, *Da coação*, cit., p. 143).

Todavia, muitos escritores propugnavam pela indenização prevista na gestão de negócios, pois o socorro pode ter sido dado espontaneamente e até contra a vontade do socorrido ou pode ter havido uma loucura momentânea deturpando a inteligência do declarante, devendo o ato ser anulado e aquele que socorreu receber a indenização segundo os princípios da gestão de negócios. Essa a solução de Mourlon, Demolombe e Demogué.

Porém, já pelo exame da legislação estrangeira percebemos que a possibilidade de anular-se ou não tal negócio depende do fundamento e da natureza jurídica que lhe é emprestada.

Na Inglaterra, por exemplo, os casos de pressão sobre a vontade do contratante, como aquela do médico sobre o doente, do advogado sobre o cliente, do *trustee* (fiduciário) sobre o beneficiário, leva à anulação do contrato.

O Código Suíço das Obrigações, no seu artigo 21, tratando da lesão, dá à parte lesada o direito de resiliir o contrato ou repetir o que pagou. Esse artigo é aplicado analogicamente ao estado de perigo.

Importante é a disposição do § 138 do *BGB*. É uma regra geral de acordo com a qual é nulo todo ato que ofenda os bons costumes. A nulidade de que trata o Código Civil alemão é fundada no ilícito penal. Transpõe o *BGB* para o Direito Civil o conceito penal de usura. É por meio desse artigo que se resolvem os casos de contratos concluídos em "estado de perigo". Solução esta, aliás, aplaudida por muitos, como o nosso Eduardo Espínola (*in* Paulo de Lacerda, *Manual do Código Civil brasileiro*, 1ª pt., Rio de Janeiro, Jacinto Ribeiro dos Santos, 1923, p. 402) e por Mota Pinto (*Teoria geral*, 1967, p. 267).

Dentro da evolução do conceito de contrato concluído em estado de perigo, é de suma importância a lembrança das regras de Direito Marítimo, de uso universal, que são aquelas relativas às convenções firmadas durante a assistência e o salvamento no

► O estado de perigo como defeito do negócio jurídico

mar. Como afirma Majorano, tais hipóteses legais se fundam em uma necessidade de fato. É o instinto de conservação, diante da luta contra as forças da natureza, que dita os preceitos, tendo-se em conta a solidariedade humana nesses momentos.

Alguns doutrinadores estenderam tais normas, por analogia, às outras hipóteses dos contratos concluídos em estado de perigo. Opinião essa que não é pacífica. Ao contrário, a opinião dominante não concorda com tal analogia. Porém, não se pode negar a grande influência das regras de Direito Marítimo sobre salvamento e assistência na evolução do conceito de negócio jurídico concluído em estado de perigo.

O Código de Comércio argentino, em seu artigo 1.310, declara nulos os contratos celebrados na assistência e salvamento de navios ou naufragos. Os artigos 735 e seguinte do Código Comercial brasileiro (que foram revogados pela Lei nº 7.542, de 26/9/1986) determinavam o modo de se regular a remuneração das pessoas encarregadas do salvamento de navios.

Matéria conexa a essa, pois se origina no Direito Marítimo, é aquela objeto da *Lex Rhodia de Jactu* (Digesto, Livro XIV, Título II, Frag. 6) sobre o resarcimento dos danos no caso de lançamento de mercadorias ao mar, para aliviar o peso do navio.

Trata-se de hipótese que passou para o Direito de todos os povos, de exclusão de ilicitude no caso de danos cometidos em estado de necessidade. Sem dúvida, foi na célebre *Lex Rhodia de Jactu*, acolhida pelo Direito *Justinianeu* e transmitida ao direito moderno, que se originou tal conceito jurídico.

Alguns autores, ao estudarem o estado de perigo, colocam como origem desse conceito a *Lex Rhodia*, o que não é verdade. O estado de perigo, como vimos, tem origem no edito *quod metus causa*, pois se trata de figura do direito contratual e não da responsabilidade civil.

A confusão se dá por tratar também a *Lex Rhodia* de ato cometido em estado de necessidade. Em todo caso é interessante observar que a pressão do perigo é a mesma nas duas hipóteses.

No Direito brasileiro “podemos encontrar a fonte mais remota do estado de perigo em regras de Direito Marítimo” (cf. Código Comercial, arts. 735 a 739, revogados pela Lei nº 7.542, de 26/9/1986). Também o artigo 684 do antigo Código Comercial português era expresso: “Todos os contratos feitos

enquanto dura o perigo podem ser reclamados por exageração e reduzidos pelo juízo competente” (cf. Antônio Junqueira de Azevedo, “Negócio jurídico e declaração negocial”, tese, São Paulo, 1986, p. 201).

O “estado de perigo” como causa de anulação de contrato aparece no artigo 319 do Projeto Coelho Rodrigues, depois no Projeto Beviláqua, na parte da coação, onde está prevista uma disposição bastante casuística, com hipóteses definidas concretamente. O seu artigo 121 assim dispunha: “O contrato feito quando alguma das partes se acha sob a ameaça de um perigo iminente de naufrágio ou parada no alto-mar, inundação, incêndio ou operação cirúrgica, acarretando risco de vida, presume-se nulo por vício da vontade, enquanto não for ratificado; depois de passado o perigo, sob cuja iminência foi feito. A mesma presunção de nulidade existe em relação aos contratos celebrados em estado crítico de moléstia aguda e grave”. Esse artigo, como se sabe, foi suprimido de texto do Código Civil de 1916 sem que da ata constem as razões.

Em 1963, no Anteprojeto do Código das Obrigações, de autoria do Professor Caio Mário da Silva Pereira, é introduzido, ao lado da lesão, como no Código Civil italiano de 1942, o “estado de perigo” no artigo 64, dentro do capítulo dos defeitos do negócio jurídico.

Finalmente, vem previsto o estado de perigo no novo Código Civil, no capítulo dos defeitos dos negócios jurídicos, no artigo 156 e seu parágrafo único, levando à anulabilidade do negócio que viola. O teor desse dispositivo e sua análise serão feitos no próximo item deste trabalho.

4. Elementos integrantes do conceito de estado de perigo

Conforme o artigo 156 do Código Civil de 2002: “Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

“Parágrafo único – Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias”.

Portanto, em primeiro lugar, temos como elemento fundamental do estado de perigo um estado de necessidade (em sentido amplo), isto é, uma ameaça de grave dano à própria pessoa ou pessoa de sua

▶ O estado de perigo como defeito do negócio jurídico

família. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, ficará a solução para o prudente arbítrio do juiz.

O perigo deve ser ameaça de dano atual e grave. Os conceitos de gravidade e atualidade do perigo são tirados diretamente do Direito Penal.

O perigo *atual* significa que o acontecimento que pode originar o dano já existe e, caso não seja interrompido, consequências lesivas advirão, com certeza. Se a ameaça do dano não for atual, não existe o estado de perigo, pois poderá ser evitado de outras formas, porquanto para o declarante não existe a pressão da escolha entre dois males, isto é, sujeitar-se ao dano ou participar de um negócio em condições desvantajosas.

Além disso, o estado de perigo deve conter a ameaça de um dano grave.

A gravidade deve ser avaliada caso a caso, em relação às condições físicas e psíquicas do sujeito. Majorano (*Il contratto*, cit., p. 1.002) diz que a avaliação do caráter do dano será feita pelo juiz dentro de um critério objetivo, porém, mesmo tomando como critério o homem normal, deverá ter em conta os elementos psíquicos que levaram a uma diferente consideração do dano. Assim, deverá haver uma avaliação *in concreto* do dano.

Dessa forma, é possível que a pessoa se julgue em estado de perigo e, na verdade, não esteja, é o que o Direito Penal chama de estado de necessidade putativo, uma espécie de erro de fato.

Para caracterizar o estado de perigo basta que o declarante *pense* que está em perigo, pois é esse o móvel de sua participação em um negócio desvantajoso e tal suposição deve ser do conhecimento de outra parte. De outro lado, se há um perigo efetivo e real e a pessoa ou o ignora, ou não acha que tal situação possa levar-lhe a um grave dano, não há como se falar em defeito, não podendo o declarante pedir a anulação do negócio. A **certeza de estar em perigo** é elemento essencial na caracterização desse tipo de defeito.

Dessa forma, segundo a melhor doutrina (Mirabelli, "*Recissione*", in *Novissimo Digesto Italiano*, v. 15, p. 584, e Majorano, *Il contratto*, cit., p. 1.002), o dano não precisa ser inevitável. Basta que o sujeito tenha limitadíssima liberdade de determinação.

Por outro lado, também não é necessário que a ameaça de dano seja sempre injusta, pois se assim

fosse estaríamos diante da figura da coação. As causas do estado de perigo são várias.

Assim, o fato danoso pode originar-se de um acontecimento natural, de ação humana, voluntária ou involuntária, pode inclusive ter sido provocado pela própria pessoa exposta ao perigo. O fato do perigo ter sido provocado pelo contratante que se aproveita do negócio distingue o estado de perigo da coação, porquanto neste vício o perigo é usado como meio de obter a declaração. Ou, como pergunta Majorano: Quem não vê na causação intencional do perigo um modo de atuação da *vis relativa*, na falta da qual a parte não teria contratado? (*Il contratto*, cit., p. 1.003).

O segundo elemento para que se caracterize o estado de perigo é aquele que diz respeito ao *objeto* da ameaça. No caso do estado de perigo a ameaça de dano pode recair sobre a pessoa do próprio declarante ou de sua família. Portanto, o estado de perigo é uma situação que diz respeito às pessoas, diferentemente da lesão que visa a situação econômica do sujeito. Podem, porém, as duas situações coincidirem na prática, segundo afirma Messineo: Essa ameaça de dano grave à pessoa diz respeito à sua integridade física, à sua honra e à sua liberdade (cf. Majorano, *Il contratto*, cit., p. 1.002). Portanto, o dano possível pode ser físico e moral.

Por outro lado, o artigo 156 do Código Civil de 2002 não especificou quais membros da família (isto é, até que grau de parentesco) devem estar ameaçados de dano para que se considere o estado de perigo como causa de anulação de negócio. O legislador deixou o conceito de família em aberto.

Pensamos que, nesse caso, são aquelas pessoas que têm vínculo familiar mais próximo, como filhos, pais, irmãos e até avós. Devemos lembrar que não há diferença entre os filhos nos termos da Constituição Federal. Também se incluem nesse conceito os cônjuges e conviventes, que não são parentes, mas que constituem família juntamente com o declarante.

O parágrafo único do mesmo dispositivo determina que se se tratar de pessoa não pertencente à família do declarante, deverá o juiz decidir segundo as circunstâncias. Como vemos, a regra é muito aberta, tratando-se de conceito vago e, portanto, caberá ao magistrado sua concretização caso a caso. Assim, podemos colocar nessas hipóteses os noivos, os namorados, os amigos, os colegas de traba-

▶ O estado de perigo como defeito do negócio jurídico

lho. Há casos em que os amigos são mais próximos do que os próprios irmãos.

Em suma, a lei presume que o declarante esteja sofrendo por ver pessoa de sua família em perigo. Por outro lado, esse sofrimento deverá ser provado no caso de pessoa não pertencente à sua família.

O terceiro elemento é o *conhecimento* do perigo pela outra parte, porquanto há um aproveitamento da situação para tirar vantagem. Há má-fé do outro contratante. Este perigo pode nem ser objetivamente tão grave, mas o estado psicológico da vítima temendo um grave dano pode ser a causa do aproveitamento da contraparte. Há, portanto, um nexo de causalidade entre o temor da vítima e a declaração do outro contratante.

Finalmente, o último elemento diz respeito à assunção de obrigação excessivamente onerosa como causa de anulação do negócio jurídico. É necessário que as *condições sejam iníquas*, ou, como determina o Código Civil de 2002, que a vítima do perigo tenha assumido obrigação *excessivamente onerosa*.

No caso não se trata do instituto da resolução ou revisão contratual por onerosidade excessiva baseada na cláusula *rebus sic stantibus* ou na atual teoria da imprevisão, prevista nos artigos 478 a 480 no novo Código e que é regra geral para todos os contratos bilaterais comutativos de execução contínua ou diferida. Nessa hipótese, deverá haver algum fato superveniente extraordinário e imprevisível que torne o contrato extremamente desvantajoso para uma das partes.

De outro lado, o conceito de onerosidade excessiva se aplica a muitas situações e tem sempre em mira contratos comutativos, nos quais a equivalência das prestações é da sua essência, resguardadas as desvantagens que podem advir da chamada álea normal, que está presente em todos os contratos. A relação sinalagmática se dá entre o serviço prestado e o pagamento, no caso excessivamente oneroso.

O fundamento da regra do artigo 156 do novo Código é o sacrifício econômico desmedido que teria o devedor para cumprir a prestação assumida, podendo, inclusive, em perigo todo o seu patrimônio, dado o desequilíbrio enorme das prestações e ferindo a equidade que deve estar presente em todo contrato de prestações co-respectivas. Evidentemente, o Direito nunca poderia proteger situações como

essa onde a função econômico-social do contrato foi totalmente conspurcada pela atitude de má-fé do outro contratante. A lei nova afasta, assim, a proteção a um contrato abusivo entabulado em condições de dificuldade ou necessidade do declarante.

Esta onerosidade excessiva deve ser objetivamente avaliada e deve ser concomitante à declaração negocial. Assim, ao se julgar pela anulação de tal contrato deve-se avaliar o valor da prestação abusiva de acordo com a época do negócio, tendo-se em vista o justo valor de então. Diz Moacyr de Oliveira ("Estado de perigo", in *Enciclopédia*, cit., p. 506) que o requisito objetivo dessa onerosidade excessiva há de ser examinado pelo juiz em cada caso, à vista da situação financeira da vítima, à época da vinculação. Toma, portanto, o referido autor também como requisito as possibilidades econômicas do outro declarante.

A lei italiana contém uma regra que não faz parte do artigo 156 do novo Código, ou seja, o juiz ao pronunciar a rescisão (como é nesse país) do negócio jurídico poderá, segundo as circunstâncias, estabelecer um *equo compenso* à outra parte pelo trabalho prestado. Em outras palavras, o magistrado, usando de seu prudente arbítrio, poderá julgar por equidade e, assim, reduzir aquela prestação excessivamente onerosa a uma prestação justa, pois de outro modo haveria, em determinados casos, um enriquecimento indevido do declarante que recebeu a ajuda ou o serviço.

A lei brasileira não colocou essa possibilidade, pois não admitiu a rescisão ou revisão desse negócio jurídico, mas tão-somente sua anulação por defeito de declaração. Dessa forma, acompanhou toda sua sistemática.

Todavia, a solução italiana permitindo que o juiz já estabeleça uma indenização pelo serviço prestado é muito mais simples e muito mais prática, porquanto não exige que aquele declarante que salvou o outro do perigo e que agora, diante da anulação do contrato, não terá direito a nenhum pagamento, seja obrigado a movimentar novamente todo o aparato judicial para que por meio da ação de *in rem verso* veja o seu direito reconhecido.

Parce-nos que a melhor solução encontramos no Código Civil italiano que em seu artigo 1.450 prevê a "oferta de modificação do contrato" contraído em estado de perigo ou daquele que está sendo rescindido por lesão. Ou seja, é expressamente

O estado de perigo como defeito do negócio jurídico

aplicado aos dois casos o princípio da conservação dos contratos, que atende à segurança e estabilidade de que devem ter as relações jurídicas, mantendo, dessa forma, a finalidade econômico-social que deve ter toda convensão. Frustrar-se as expectativas que vêm das negociações jurídicas é criar um clima de total insegurança, gerando a falta de credibilidade na própria justiça. Anular-se, pura e simplesmente, acordos definidos somente para proteger uma das partes vai frontalmente contra o interesse social. Dessa forma, em nome da justiça e da segurança das relações sociais devem-se aproveitar o mais possível os atos jurídicos já concluídos. É isso que faz o artigo 1.450, do citado diploma legal, quando estabelece que “*il contraente contro il quale è domandata la rescissione può evitarla offrendo una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità*” (destaque nosso). A ação de rescisão (e não anulação) poderá, assim, ser neutralizada, mesmo depois de proposta, com a oferta de modificação do contrato, atingindo-se, então, o justo preço.

Por outro lado, nos contratos em que o defeito é a lesão, permite o § 2º do artigo 157 do novo Código Civil que não seja anulado o negócio se for oferecido suplemento suficiente ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

5. Fundamento do instituto

Por que agasalhar-se na lei a anulação do negócio jurídico concluído em estado de perigo?

A resposta é dada pelo próprio Código Civil, em seu artigo 421, quando de forma lapidar determina que a “liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

O Código apenas está a refletir a tendência do Direito atual onde a liberdade egoísta e o individualismo voluntarista estão praticamente condenados diante do interesse social. Hoje não podemos mais entender a teoria da autonomia da vontade de uma maneira ampla e irrestrita. Os princípios da liberdade de contratar e do *pacta sunt servanda* têm que ser avaliados e compreendidos diante de um contexto muito maior, que é o da função econômico-social que deve ter todo negócio jurídico. Por isso, diante do conflito entre ser obedecida a vontade individual dos contratantes e ser atendido o interesse social sempre há de ficar-se com este último.

Dessa forma, vemos dentro de todo direito pri-

vado moderno cada vez mais o aparecimento de leis que tentam coibir os abusos que os interesses particulares, inspirados pela ganância, cometem dentro de negociações. Podemos lembrar as várias leis do inquilinato, o direito consumerista, as leis que reprimem o abuso do poder econômico e assim por diante.

Em consequência, põem-se em relevo, e é isso que o novo Código procura fazer, os princípios da cooperação e da solidariedade que devem existir na dinâmica da vida negocial, como setor de uma sociedade maior que deve ser livre, justa e solidária como pede o artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal. Ou, em outras palavras, a obrigação não pode estar em oposição à função econômico-social a que está destinada, não podendo esse cumprimento pôr em grave risco a existência econômica do devedor, abalando sua integridade patrimonial. Em síntese, as relações jurídicas obrigacionais se resumem em uma cooperação entre as partes e em se tratando de cooperação não se pode pretender do devedor o sacrifício de sua existência patrimonial (a respeito cf. E. Betti, *Teoria general de las obligaciones*, trad. José Luis de Los Mozos, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1969, v. 1, p. 214).

Além desse embasamento econômico-social, temos que lembrar os princípios que orientam todo o direito contratual como os da *boa-fé* e da *equidade* (arts. 421 e 422 do CC de 2002). Evidentemente se o declarante se aproveitar da situação de perigo para fazer um negócio vantajoso para ele e muito oneroso para a outra parte não há como se agasalhar tal negócio. Há uma frontal ofensa à justiça comutativa que deve estar presente em todos os contratos. Ou, no dizer de Betti, deve haver uma equidade na cooperação (*Teoria*, cit., pp. 215 e seg.).

Eduardo Espínola (cf. Paulo de Lacerda, *Manual*, cit., pt. geral, v. 3, p. 420), depois de expor as várias correntes sobre o fundamento da anulação do negócio em estado de perigo, conclui que “a opinião preferível, diante dos princípios que regem a matéria entre nós, como em todas as legislações modernas, é a que reputa nulo o ato, se imoral, contrário aos bons costumes...”. E em nota de rodapé diz que é o “resultado a que se chega com a aplicação do artigo 138 do Código Civil alemão, que está mais de acordo com os princípios gerais de Direito e com a equidade, do que o dispositivo proposto por Coelho Rodrigues e Clóvis”. De fato, o artigo 138 do BGB

contém a regra genérica que comina de nulidade todo ato jurídico que fere os bons costumes e determina que "é nulo, particularmente, o ato jurídico pelo qual alguém, explorando a necessidade, a levezza de espírito ou a inexperiência de outrem, tire proveito da situação obtendo que este lhe prometa, ou a terceiro, por uma prestação ou serviço, vantagens de valor patrimonial de tal modo superior à prestação realizada, que, dadas as circunstâncias, essas vantagens se mostrem, em relação ao serviço, extraordinariamente desproporcionais".

O jurista português Mota Pinto (*apud* Abílio Neto e Herlander A. Martins, *Código Civil anotado*, 5ª ed., Lisboa, Livr. Petrony, 1984), em sua *Teoria geral* diz que "criado o perigo por fato humano ou material, se o contraente tinha o dever jurídico, ou mesmo um imperativo *dever moral de auxilia*, se ele não presta o auxílio senão depois de exigir uma retribuição, o negócio é nulo, pois há violação da norma que impunha a prestação de auxílio ou, pelo menos, é ofensivo dos *bons costumes*" (destaques nossos).

O Professor Silvio Rodrigues (cf. *Dos vícios do consentimento*, pp. 320 e segs.) fundamenta a possibilidade de anulação do negócio na *boa-fé*. É ela que deve dar o limite para que prevaleça ou não um contrato concluído em estado de perigo. Assim diz o grande civilista que, "em regra, se nenhuma das partes teve culpa na produção do evento que provocou o contrato, nem extorquiu a exorbitante promessa de recompensa, o negócio deve prevalecer, embora o consentimento se apresente viciado" (...) "a lei não deve ter qualquer razão para preferir o (interesse) de um ao de outro contratante, se *ambos se mostram de boa-fé*" (destaque nosso). E mais adiante esclarece: "Contudo, se o indivíduo que contratou com a vítima da prestação externa se valeu do terror que lhe inundou o espírito, para impor o negócio ou fixar-lhe cláusulas excessivamente onerosas, não pode mais ser considerado contratante de *boa-fé* (...)". "O elemento que impedia a atuação do mecanismo da anulabilidade — sujeito à *boa-fé* do outro contratante — cessou de existir; e, assim, entra ela a funcionar, invalidando o ato jurídico".

6. Paralelo entre estado de perigo, coação, lesão e usura real

Como já vimos anteriormente, tendo em vista ser a necessidade, de uma forma ou de outra, a causa

geradora das mais diversas situações jurídicas, pode acontecer, como efetivamente acontece, confusão entre esses diversos tipos legais, chegando os autores a assimilá-los em determinadas ocasiões.

6.a. Estado de perigo, lesão e usura real

De fato, as diferenças entre estado de perigo e lesão, por exemplo, são muito sutis e chega-se a perguntar se não seria melhor um instituto único que definisse quais as consequências jurídicas dos contratos concluídos sob o estado de necessidade (física, econômica ou moral), onde a liberdade do declarante se acha diminuída ou até anulada.

Em primeiro lugar, o fato da lesão não viciar a oferta e do estado de perigo viciar não caracteriza bem a diferença entre os dois institutos. Ambos podem ter a oferta viciada tendo em vista que tais tratativas também vinculam, gerando, assim, efeitos jurídicos.

Passemos às principais características de cada um dos institutos.

No estado de perigo o contratante se encontra na situação em que deve optar entre dois males, ou seja, ou sofrer as consequências do perigo que o ameaça ou ameaça sua família (*necessità*) ou pagar ao seu "salvador" uma quantia exorbitante, sucumbindo, dessa forma, a outro perigo — o de perder, talvez, todo seu patrimônio. Na lesão o declarante participa de um negócio desvantajoso ("manifestamente desproporcional ao valor da prestação proposta") premido por uma necessidade econômica (*bisagno*).

Como afirma o grande mestre no assunto, Professor Caio Mário da Silva Pereira: "A necessidade, de que fala a lei, não é a miséria, a insuficiência habitual de meios para prover a subsistência própria ou dos seus. Não é a alternativa entre a fome e o negócio. Deve ser a necessidade *contratual*. Ainda que o lesado disponha de fortuna, a necessidade se configura na impossibilidade de evitar o contrato" (*apud* Vicente Rão, *Ato jurídico*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1979, p. 262, rodapé). É esse o ensinamento que vemos também nos autores italianos. Dizem, por exemplo, Cian e Trabucchi (*Commentario*, cit, p. 499) que a rescisão por lesão se distingue daquela em estado de perigo, porquanto naquela os interesses ameaçados são estritamente patrimoniais, enquanto no estado de perigo, os interesses, mesmo se o perigo se origina da falta de bens, são estritamente pessoais.

O novo Código Civil brasileiro coloca ainda, como requisito possível para que se configure a lesão, a inexperiência do contratante prejudicado. Elemento este que não está na lei italiana, mas que foi colocado no Código Civil de 2002 e que consta do artigo 4º da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951 — lei da usura —, onde aparece em um contexto completamente diferente. A lei da usura (de caráter penal) pune o dolo de aproveitamento quando determina que constitui crime a usura real, que consiste em: “obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda a quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida”.

Ora, a palavra “inexperiência” do artigo 157, *caput*, está colocada na conotação de erro ou ignorância, pois o declarante pode participar de um contrato iníquo por inexperiência, sem que esta inexperiência precise ser conhecida da outra parte. Ela pode ser espontânea.

Além do mais, o critério adotado pelo novo Código é objetivo, isto é, o que se tem em vista é a manifesta desproporção entre prestação e contraprestação, que vem da necessidade ou inexperiência que *não* precisam ser conhecidas da outra parte que se aproveita do negócio. Pelo contrário: é a parte lesada que vai ter que provar o defeito do ato jurídico mostrando essa necessidade ou inexperiência. Em resumo, de acordo com a sistemática do Código, a lesão é objetiva.

Diferentemente, no estado de perigo há dois elementos. É necessário que se tenha além da prestação excessivamente onerosa (*elemento objetivo*) o conhecimento do perigo pela parte que se aproveitou da situação (*elemento subjetivo*). É nesse aspecto que o estado de perigo se aproxima da usura real. Em ambos os institutos é necessária a existência do dolo de aproveitamento. E mais, em ambos, há ofensa aos bons costumes e à equidade. A usura real, que vem do artigo 138 do BGB, e que tem caráter penal, se assemelha muito mais ao estado de perigo do que à lesão, prevista no Código Civil de 2002.

E como bem demonstra Orlando Gomes, a usura real tem menos o escopo de proteger o interesse individual do que o intuito de salvaguardar o interesse social, pois o contrato usurário atenta contra os bons costumes. O mesmo podemos dizer do negócio em estado de perigo.

6.b. Estado de perigo e coação

Finalmente, devemos examinar as diferenças entre coação e estado de perigo, tendo em vista a grande afinidade entre os dois institutos, chegando mesmo muitos autores a igualá-los, como Silvio Rodrigues, Oroszimbo Nonato, Chironi e Abello, Venzi, Padda e Bensa. Oroszimbo Nonato propugna expressamente pela aplicação ao negócio concluído em estado de perigo dos princípios da coação “eliminada a hipótese de demência”, conforme a hipótese levantada por Demogue (*Da coação*, cit., p. 141).

Silvio Rodrigues coloca o estudo dos atos praticados em estado de perigo no capítulo da coação provida de terceiros, onde declara: “por encerrar como tal a violência exercida por terceiros é que preferi cuidar, neste capítulo, do negócio concluído em estado de necessidade, ou melhor, em estado de perigo” (cf. *Dos vícios do consentimento*, cit., p. 315).

Vicente Ráo (*Ato jurídico*, cit., p. 263) é frontalmente contra essa interpretação explicando que não caberia na espécie invocar-se a coação, cujos requisitos, segundo o autor, diferem substancialmente dos que caracterizam as obrigações usurárias, que é como ele considera aquelas contraídas em estado de perigo.

Interessante lembrar que no Direito romano a obrigação assumida em estado de perigo era válida e o salvador apenas recebia o pagamento pelo serviço realizado, não se aplicando, então, neste caso, o edito *quod metus causa*.

O Código Civil de 2002 colocou, como se tem visto, o estado de perigo como figura autônoma, mas dentro do capítulo dos defeitos do negócio jurídico, ao lado dos outros vícios da vontade e, portanto, passível de anulação. Pelo Código, não há mais discussão. Coação e estado de perigo não se confundem.

Evidentemente, o perigo de dano representa uma violência que diminui ou até elimina a liberdade que deve haver no momento da declaração da vontade para que o negócio seja válido socialmente. Todavia, tal ameaça pode ter sido praticada até pela própria vítima. Quem provocou não importa. O que importa é o violento temor de dano que tomou conta do declarante e o fez participar de um *negócio excessivamente oneroso*.

Portanto, é principalmente nesse aspecto que o

negócio em estado de perigo se diferencia do negócio viciado pela coação. Nesta, apenas o aspecto subjetivo é levado em consideração; naquele, temos a vontade, que pode estar realmente viciada, e o contrato em condições objetivamente iníquas. É essa iniquidade, esse desequilíbrio, aliados à vontade perturbada, que caracteriza o negócio em estado de perigo.

Porém, se as condições de violência forem tais que cheguem a eliminar a liberdade do contratante ao declarar sua vontade, estaremos diante do vício da coação e aí aplicaremos este instituto para anular o negócio defeituoso. Caso haja apenas uma limitação da vontade para discutir o contrato e um elemento objetivo peculiar, que é a prestação excessivamente onerosa, usaremos o estado de perigo, que neste aspecto se aproxima mais da usura, onde não há violência mas dolo de um contratante contra o outro. O contratante que cobrou a quantia exorbitante não criou a situação, apenas se aproveitou dela.

7. Como têm sido resolvidos até o momento os casos de negócios concluídos em estado de perigo?

Há várias saídas, pois é o estado de perigo, como vimos, semelhante a outros vícios que afetam a declaração negocial. Porém, estaremos sempre diante de uma anulação e não de uma rescisão.

A primeira hipótese é a invalidação por coação, pois tanto quanto na coação o declarante tem que optar entre dois males, isto é, ou sofrer os danos do perigo que o ameaça ou pagar quantia excessivamente onerosa para livrar-se desse perigo. Essa é a solução de Silvio Rodrigues, que mostra que se o indivíduo que contratou com a vítima da pressão externa se valeu do temor para impor o negócio ou fixar-lhe cláusulas excessivamente onerosas, não pode ser considerado contratante de boa-fé e, portanto, o negócio pode ser anulado (cf. *Das vícios do consentimento*, cit., p. 321).

Por outro lado, lembra Antônio Junqueira de Azevedo que talvez se pudesse sustentar, no caso coação por omissão de socorro e havendo perigo efetivo, o outro contratante sabendo da situação e podendo ajudá-lo não o fez. O mesmo autor lembra ainda a possibilidade do objeto ilícito. E finalmente coloca a hipótese do dolo por omissão, no caso do perigo ser imaginário e o declaratório saber da

angústia do declarante e da falsidade da causa desta angústia, preferindo silenciar (*Negócio jurídico*, cit., p. 203).

Não resta dúvida que também poderá tratar-se de negócio jurídico com condição ilícita, isto é, com cláusula condicional puramente potestativa ao arbitrio de uma das partes, o que torna o contrato passível de ser anulado.

E, ainda, lembramos outro dispositivo legal que poderia vir a solucionar os negócios em estado de perigo, que é o do artigo 4º, b, da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, e o seu § 3º, que declara nula a estipulação de lucros usurários. No dizer de Vicente Ráo (*Ato jurídico*, cit., p. 263) é uma lei de caráter eminentemente social, "que, inspirada por um critério de justiça distributiva, condena e pune (civil e criminalmente) o lucro extorsivo e destarte protege as partes mais fracas nas relações contratuais". É o próprio Vicente Ráo que afirma que, apesar da Lei nº 1.521 não aludir o modo específico ao estado de perigo, "este conceito se inclui, seguramente, no de contrato celebrado sob premente necessidade e com objeto mais amplo do consistente na simples prestação de serviços".

Não resta dúvida que o dolo de aproveitamento presumido pela lei de usura se encontra também presumido no texto do artigo 156 do novo Código, pois é pressuposto do estado de perigo o conhecimento pela contraparte da ameaça de grave dano à pessoa do declarante ou de sua família.

8. Conclusão: foi boa a inovação trazida pelo legislador de 2002

Em resumo, tanto na lesão quanto no estado de perigo sempre há a intervenção de uma causa *extrínseca* que afeta a declaração da vontade, o que faz com que ambos os defeitos não sejam vícios do consentimento no sentido estrito e próprio, apesar de assim considerados pelo legislador de 2002. Na verdade, houve rompimento do sinalagma (no caso genético) que é da essência de todos os contratos bilaterais provocando desigualdade entre as partes (prestação e contraprestação).

Há, evidentemente, uma diminuição da liberdade no momento da declaração, mas que por si só não configura o negócio em estado de perigo. Sem dúvida, o principal elemento, aquele que caracteriza essencialmente tanto o estado de perigo, quanto a lesão, é a *desigualdade real* que existe entre as

O estado de perigo como defeito do negócio jurídico

partes. Em outras palavras, a prestação desproporcional ou a onerosidade excessiva, que são *elementos objetivos*, é que levam tais negócios a serem infirmados ou conservados, pela possibilidade de reduzi-los à equidade.

Dessa forma, estamos diante de negócios válidos, mas que vêm com o defeito da desigualdade entre as partes. Por isso é que não se admite a convalidação de tais atos na lei italiana. Na verdade, a ação de rescisão do direito italiano é a que melhor resolve esses problemas, pois a sua grande vantagem está em, abrindo a possibilidade da *reductio ad aequitatem*, conservar o contrato concluído, o que no Código de 2002 só é possível no caso de lesão.

Todavia, pensamos que o novo legislador fez bem em manter a anulação do negócio em estado de perigo, primeiro porque a aproximação entre os institutos da anulação e da rescisão é tão grande que não compensaria criarmos em nosso Direito, onde a tradição é pela anulação dos negócios com vícios na sua formação, a ação rescisória tão-somente para invalidar a lesão e o estado de perigo.

Em segundo lugar, não há inconveniente nenhum

em que se coloque entre vícios do consentimento o estado de perigo e a lesão, desde que mantida a coerência com os outros dispositivos. E isto foi feito porque, inclusive, a fraude contra credores faz parte do elenco dos defeitos do negócio jurídico, sujeitos à anulação.

Por outro lado, o único inconveniente que vemos no atual dispositivo é a anulação pura e simples do negócio, sem a possibilidade de conservação do contrato, mediante a oferta de modificação. Esta solução é muito melhor, porquanto poderia evitar no estado de perigo a anulação do negócio, o que convém muito mais à segurança e à estabilidade dos negócios. Além do que, no estado de perigo, há um serviço que foi efetivamente prestado e que ficará sem o devido pagamento. Não devemos nos esquecer que a "obrigação excessivamente onerosa é considerada em sua *relação sinalagmática* com o serviço prestado" (cf. Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico*, cit., p. 203, destaques nossos). Nesse caso só restará àquele que prestou o serviço propor a ação de *in rem verso*, por ter havido enriquecimento indevido da vítima que conseguiu anular o contrato.